



S. MOUTON, *Le régime représentatif à l'épreuve de la Justice Constitutionnelle*.
Parigi, LGDJ, 2016, pp. 324.

Questo volume è il resoconto del convegno organizzato il 9 e il 10 ottobre 2014 all'Università di Tolosa I- Capitole. Al convegno hanno partecipato numerosi professori illustri di Diritto Pubblico come Michel Troper dell'Università di Parigi Ovest Nanterre-La Défense e Pasquale Pasquino dell'Università di New York.

Tale volume tratta di varie tematiche, tra cui le più importanti sono: il principio di rappresentanza nei regimi democratici, il controllo di costituzionalità, il concetto di democrazia ma anche la figura del giudice nei modelli di giustizia costituzionale.

La conferenza mette l'accento sul modello francese di giustizia costituzionale ma non trascurava il modello della Germania e degli Stati Uniti.

Nell'introduzione, l'autore Michel Troper pone il quesito seguente: "esiste una compatibilità tra la democrazia rappresentativa e il controllo di costituzionalità?" Prima di rispondere a questa domanda, Michel Troper dà una definizione del controllo di costituzionalità inteso come "un meccanismo giurisdizionale che ha per obiettivo di assicurare la protezione dei diritti e libertà dei cittadini al livello più alto dell'ordine giuridico statale". Questa definizione è fondamentale poiché permette di definire il ruolo di un attore maggiore del rapporto tra controllo di costituzionalità e di democrazia rappresentativa: il giudice costituzionale che ha come ruolo fondamentale di garantire tali diritti e libertà. Il giudice costituzionale si pone tra la legge e la Costituzione, la quale è in relazione diretta con il potere politico che viene definito come il potere istituzionalizzato dello Stato.

Detto ciò, Michel Troper afferma che esiste una compatibilità tra il controllo di costituzionalità e la democrazia rappresentativa a condizione che il giudice non disponga di un vero potere discrezionale, poiché il giudice costituzionale non viene eletto. Infatti il giudice non dovrebbe disporre di prerogative che farebbero di lui, un'autorità al di sopra

dei cittadini e dei rappresentanti. In egual misura sostiene che se la legge è l'espressione della volontà del popolo, allora esiste una compatibilità tra la giustizia costituzionale (la quale si esprime tramite il controllo di costituzionalità) e la democrazia rappresentativa; in quanto il giudice costituzionale ha il compito di verificare che ogni legge esprima la volontà del popolo come definita nella Costituzione.

Michel Troper conclude il discorso introduttivo definendo il concetto di democrazia non come una procedura ma piuttosto, come “un insieme di valori e di principi fondamentali”. Infine precisa che uno degli obiettivi di questo convegno non si focalizza solo sulla figura del giudice ma soprattutto sulla legittimità della giustizia costituzionale.

Stephane Mouton esamina la giustizia costituzionale sotto un aspetto differente. Si chiede se la giustizia costituzionale modifica la nostra percezione del modello democratico. Inoltre, un'altra domanda riguarda l'impatto della giustizia costituzionale sul rapporto tra governanti e governati. Stephane Mouton si interroga infine se la giustizia costituzionale partecipa al rafforzamento della dimensione rappresentativa della democrazia o al contrario la rende debole.

Per l'autore Stephane Mouton, la giustizia costituzionale, grazie al controllo di costituzionalità, crea un legame di natura individuale e giurisdizionale tra i governanti e i governati. Questo rimette in discussione il carattere della democrazia rappresentativa poiché implica di prendere in considerazione la volontà delle due categorie di attori. La giustizia costituzionale ridimensiona la figura del cittadino nella società riconoscendo i suoi diritti soggettivi; i cittadini non sono più semplici elettori ma diventano veri e propri attori politici perché, diventano beneficiari di diritti costituzionali che si possono opporre al potere. Possono rivendicare la protezione del potere rifiutando la volontà dei rappresentanti mediante il controllo giurisdizionale.

Stephane Mouton attribuisce una grande importanza alla garanzia giurisdizionale dei diritti, ciò che Mirkine Guetzevitch considerava nel 1928 come “il problema più interessante del costituzionalismo moderno”. Di conseguenza dimostra anche un interesse per la funzione del giudice costituzionale nel regime rappresentativo e lo definisce come il guardiano dei diritti; il giudice costituzionale ha la vocazione di proteggere i diritti dei cittadini di fronte alla “*puissance publique*”. Ciò fa di lui l'opposto del giudice amministrativo, che assume il ruolo di guardiano della legalità della “*puissance publique*” e agisce in nome dell'interesse generale.

Il suo ragionamento si conclude con una considerazione sull'importanza della giustizia costituzionale, che pone un limite alla volontà eccessiva dei rappresentanti e, permette di limitare le decisioni liberticide.

Il primo capitolo è dedicato al contributo del professore di diritto pubblico dell'università Parigi II- Assas, Olivier Jouanjan. Egli si sofferma innanzitutto sul principio delle rappresentatività, definita come “un meccanismo tra lo Stato e la società”, aggiunge

che i dispositivi rappresentativi permettono ai cittadini di prendere parte agli affari dell'autorità pubblica.

Olivier Jouanjan evoca la questione della democrazia e della rappresentatività come un problema fondamentale delle democrazie moderne occidentali. Per esempio in Germania laddove la storia costituzionale prende forma nel 1815 durante il Congresso di Vienna, il problema della rappresentatività è al centro dei dibattiti con la questione della pubblicità delle udienze.

In effetti, se la giustizia è al servizio del popolo, allora questo popolo deve essere a contatto con la giustizia. La Germania, in questo contesto, manifesta la rappresentatività grazie alla nozione di sorveglianza popolare. Il sistema tedesco durante la monarchia costituzionale era già marcato dalla giustizia costituzionale, poiché la legge era il risultato della volontà delle assemblee legislative.

“L'*ordonnance*” era una prerogativa riservata esclusivamente al monarca. Tuttavia, il giudice doveva aggiustare questo squilibrio della meccanica costituzionale tedesca e aveva il potere di dichiarare incostituzionale l'ordinanza reale. Quindi nel sistema tedesco della monarchia costituzionale, il controllo delle ordinanze era il simbolo della giustizia costituzionale, “*la clé de voute du système constitutionnel*”.

In Francia invece, la rappresentatività era già un principio sacro visto che la Costituzione del 1791 si dichiarava rappresentativa. Olivier Jouanjan sottolinea il fatto che la rappresentatività non implica per forza che il rappresentante venga eletto in quanto è presente la figura del monarca, inteso anch'esso come rappresentante che non viene eletto secondo la Costituzione tedesca.

Olivier Jouanjan si sofferma sulla democrazia prendendo in considerazione la visione del giurista Kelsen, secondo la quale, per democrazia non s'intende il regno della volontà del popolo, in quanto la rappresentatività non esprime totalmente la volontà del popolo poiché la volontà del popolo non esiste. Il concetto di rappresentatività è in continuo movimento e non perfetta. La democrazia non è mai immediata, il corpo elettorale che decide, non è mai l'intero popolo perché ci sono sempre dei cittadini passivi. La rappresentanza non può quindi riflettere una volontà popolare che non esiste. Chiude il suo ragionamento con la visione della giustizia costituzionale secondo Kelsen, che la definisce come una garanzia contro l'abuso del potere di maggioranza che a ogni momento rischia di diventare una posizione dominante. E per quanto riguarda la questione della rappresentatività, conclude affermando che “non ci può essere una democrazia se non c'è rappresentatività”.

Nel secondo capitolo, il professore di diritto pubblico dell'università di Parigi 13 Eric Desmons si interroga sul rapporto tra la giustizia costituzionale, il governo rappresentativo e il “bon regime”. Per lui, l'elezione non è una garanzia democratica perciò la giustizia costituzionale contribuisce a garantire la democrazia dando al diritto un posto più importante; la giustizia costituzionale è un plusvalore per la democrazia, è una

congiunzione tra la legittimità di origine e la legittimità di esercitazione del potere. Evocando la legittimità, il giurista afferma che un governo legittimo non è per forza un buon governo e l'eccellenza di un governo non gli conferisce necessariamente la legittimità.

Al contrario per avere un buon regime, ci vuole un buon costituente che educa il popolo alla virtù. Detto ciò, afferma che il buon regime rappresentativo è quello che prende in considerazione la legittimità di origine, cioè la sovranità del popolo e la legittimità del risultato ovvero la garanzia dei diritti e la giustizia.

Secondo Eric Desmons, un sistema rappresentativo, dotato di una giustizia costituzionale, diventa uno dei migliori dei regimi democratici. Il giurista parla anche del ruolo del giudice nel "bon regime"; un ruolo essenziale, ovvero fondamentale, visto che il giudice costituzionale ha per compito di verificare se gli atti del governo sono costituzionalmente validi. Il giudice fa parlare la Costituzione e rappresenta il popolo costituente di fronte ai suoi rappresentanti eletti; egli pone fine al monopolio dalla rappresentanza degli eletti.

Nel terzo capitolo, la figura del giudice è al centro dell'attenzione, in questa conferenza la professoressa di diritto pubblico dell'università di Tolosa 1 Wanda Mastor fa un discorso a favore del governo dei giudici: "*plaidoyer pour le gouvernement des juges*". Se alcuni come Denys de Béchillon considerano il governo dei giudici come una "mostruosità", l'autrice Wanda Mastor pensa che bisogna cessare di temere il governo dei giudici o di presentarlo come una deriva assoluta. Il governo dei giudici è un concetto, perché corrisponde ad una realtà incontestabile, basta osservare la realtà, ad esempio la Corte Suprema degli Stati Uniti. Questa corte è il simbolo del governo dei giudici in quanto il giudice non è solo un semplice lettore del diritto, ma ogni giorno crea qualcosa di nuovo; governa poiché le regole che pone diventano delle regole generali e astratte.

Come notiamo alla pagina 67, "il compito del giudice inizia quando il precedente che deve applicare non è abbastanza chiaro" dato che la decisione di oggi farà il vero e il falso di domani".

Tuttavia, ci sono degli strumenti che aiutano il giudice e gli permettono di sapere dove andare; si tratta della storia, la consuetudine, l'utilità sociale, lo spirito dominante del diritto, e un' apprensione semi-intuitiva. Wanda Mastor percepisce il giudice come lo è negli Stati Uniti, un "regolatore sociale".

In seguito, cerca di dimostrare come i giudici governano non solo negli Stati-Uniti poiché in Francia ad esempio, il fatto di lasciare la discrezionalità alla Corte di Cassazione di definire cosa significa essere un buon padre, oppure le riserve di interpretazione del Consiglio Costituzionale, illustrano l'esistenza di un concetto del governo dei giudici.

Ma il ragionamento di Wanda Mastor non fa l'unanimità perché altri attori del pensiero giuridico come Otto Pfersmann, pensano che non si può parlare di governo dei giudici se

non vengono eletti ma piuttosto scelti, invece colui che governa dovrebbe avere una legittimità democratica.

A questa critica, Wanda Mastor risponde mantenendo la sua volontà di vedere instaurarsi un governo dei giudici e si dichiara favorevole alla loro elezione. Wanda Mastor si riferisce molto al modello degli USA, laddove i giudici vengono eletti nei tre quarti degli Stati, e possono essere visti come veri e propri rappresentanti del popolo e anche legittimi.

Infine, Wanda Mastor non pensa che l'elezione del giudice sia un'incongruità in Francia poiché già nel 1790 il paese ha conosciuto l'esperienza del principio dell'elezione del giudice, un'esperienza breve perché chiusa nel 1882 sotto la terza Repubblica.

Nella seconda parte del libro, il dibattito si focalizza essenzialmente sulla questione della Costituzione.

Jacky Hummel, professore di diritto pubblico all'università di Rennes, nel suo discorso, presenta innanzitutto il giudice costituzionale come un attore politico. In Francia, con la questione prioritaria di costituzionalità (Q.P.C.), si trova al centro dei dibattiti della società civile, il fatto che non si accontenta di giudicare i processi e che il suo controllo della legge rimane astratto, e gli conferisce in un certo modo un potere politico.

Osservando il Consiglio Costituzionale Francese, si nota una sorta di ambiguità, non si può chiaramente definire il giudice costituzionale come autorità giuridica, in realtà il giudice nell'ordinamento giuridico francese, si trova al confine tra il politico e il giuridico. Come lo sottolinea il giurista Jacky Hummel, il Consiglio Costituzionale nasce nel 1958 con un ruolo politico, poi dal 1959 inizierà progressivamente la sua mutazione verso un ruolo più giurisdizionale. Il Consiglio avrà come prerogative i valori giurisdizionali tra cui: il carattere contraddittorio e pubblico della procedura, l'esigenza della motivazione, *“l'autorité de la chose jugée attachée à ses décisions, l'impossibilité de l'autosaisine”*. Ma malgrado la revisione del 2008 con l'introduzione della Q.P.C, mantiene il nome di Consiglio e non si trasforma in Corte Costituzionale e di conseguenza conserva la sua doppia natura, politica e giurisdizionale.

Pasquale Pasquino, professore all'università di New York, interviene sulla supremazia della Costituzione. Prende come punto fondamentale del suo ragionamento gli Stati Uniti dove la Costituzione ha come primo ruolo di mettersi al di sopra dell'ordine giuridico degli Stati Membri. Infatti, la competenza originaria della Corte Suprema degli Stati Uniti era di gestire i conflitti tra gli Stati membri dell'Unione e del Governo nazionale. L'interesse di Pasquino sulla Costituzione è dovuto al fatto che i principi costituzionali se vengono rispettati, sono la dimostrazione dell'esistenza della giustizia costituzionale in un sistema.

Il giurista cita Kelsen con chi condivide la stessa visione: la Costituzione prima di tutto. In effetti per Kelsen, in un regime federale o di altro tipo, le norme costituzionali devono essere al di sopra delle norme ordinarie. Le norme ordinarie sono quelle concepite dalla maggioranza dei rappresentanti eletti.

Inoltre l'autore Pasquino afferma che la Costituzione implica per forza la protezione dei diritti. Per illustrare questo approccio, egli cita l'articolo 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1789: *“un Etat, un système politique, a une constitution si et seulement si elle garantit et assure la protection des droits”*.

Infine, per Pasquale Pasquino, la supremazia della Costituzione corrisponde anche alla rigidità costituzionale e, il guardiano della rigidità costituzionale deve essere una corte di giustizia.

Tuttavia, la visione di Pasquale Pasquino sul guardiano della costituzione non è totalmente condivisa da Julie Benetti. Quest'ultima si interroga se esistono due guardiani della costituzione. Prendendo in considerazione la costituzione del 1958 della V Repubblica francese, sottolinea un ruolo importante del Presidente della Repubblica, il quale secondo l'articolo 5 deve avere *“(…) le soin de veiller au respect de la constitution.”* Questa responsabilità fa di quest'ultimo un guardiano della costituzione; per quanto riguarda il Consiglio Costituzionale, Julie Benetti lo presenta innanzitutto come un ausiliario dell'esecutivo poiché esercita un controllo obbligatorio di leggi organiche e dei regolamenti di assemblee. Per rafforzare il suo punto di vista, Julie Benetti cita Karl Schmitt, il quale vede nella figura del Presidente della Repubblica un arbitro politico, che esercita una magistratura suprema, ed è al di sopra dei partiti; è di conseguenza *“il potere giudiziario degli altri poteri”*.

Inoltre l'autrice mostra che il ruolo di guardiano della costituzione del Presidente della Repubblica ha un limite, in effetti egli non controlla le norme giuridiche. E' vero che durante le situazioni di crisi, quando sono in causa l'unità e la sicurezza dello Stato, il suo ruolo viene rafforzato, però il controllo delle norme è una prerogativa del Consiglio Costituzionale. Dunque secondo Julie Benetti, la Costituzione del 1958, consacra due guardiani con due ruoli distinti: il Presidente della Repubblica e il Consiglio Costituzionale.

Infine Julie Benetti sottolinea che questo ruolo di guardiano della costituzione che viene riconosciuto a queste due istituzioni, non crea tra di loro un confronto oppure una coesistenza difficile. In realtà, i vari Presidenti della Repubblica francese hanno sempre evitato un'opposizione frontale con il Consiglio Costituzionale, e hanno sempre evitato di criticare le sue decisioni. In egual misura, il Consiglio Costituzionale ha sempre evitato di creare qualsiasi conflitto di interpretazione con il Presidente della Repubblica. Si nota quindi un grande rispetto reciproco e la volontà di ognuno di rispettare il dominio di competenza dell'altro ma soprattutto, una complicità istituzionale tra il Presidente della Repubblica e il Consiglio Costituzionale. Ad esempio, nel 1962 di fronte alla volontà incostituzionale di Charles de Gaulle di organizzare un referendum senza il consenso del Congresso e contro il rispetto dell'articolo 11 (sottomettere la proposta di referendum al Parlamento francese), il Consiglio Costituzionale a chi era stato chiesto di pronunciarsi

sulla questione, si era dichiarato incompetente malgrado il fatto che sette dei suoi dieci membri si erano dichiarati, in modo ufficioso, opposti alla volontà del Generale de Gaulle.

Whynton Ngouedi